

GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: O DEVIDO PROCESSO LEGAL¹

Silvio Carlos Álvares

Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito de Bauru.

Mestrando em Direito, 1ª Turma, no Centro de Pós-Graduação da Faculdade de Direito de Bauru - ITE

INTRODUÇÃO

O que se entende por garantias constitucionais?

Inicialmente, deveremos fazer uma análise crítica e aprofundada do próprio título do presente trabalho, no que diz respeito às garantias constitucionais do processo - o devido processo legal. Fazemos tal alerta em virtude de que as expressões contidas no título são aquelas rotineiramente usadas pelos doutrinadores para abordarem o assunto.

Numa primeira análise, devemos questionar o que se entende por garantias. Segundo Luiz David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior², o festejado Rui Barbosa foi um dos que abordaram a questão, fazendo distinção entre direitos e garantias. Anotou que os direitos seriam disposições declaratórias inseridas no texto legal, enquanto as garantias estariam marcadas pelo seu caráter instrumental. As garantias constituiriam normas assecuratórias e os direitos normas declaratórias.

Daí por que devemos entender o termo “garantias”, como mais amplo, ou seja, engloba não só garantias, mas também direitos inseridos na Constituição relativos ao processo.

¹O presente trabalho é fruto das pesquisas desenvolvidas e de participação em seminários efetuados no Curso de Mestrado no Centro de Pós-Graduação da Instituição Toledo de Ensino, da Faculdade de Direito de Bauru, sob a orientação do Professor Doutor Luiz Alberto David Araujo, a quem dedico este trabalho, além de dedicá-lo ainda à memória sempre presente do inesquecível Professor Dr. Luis Bonsi Junior.

²Curso de Direito Constitucional, Saraiva, 1998.

O que deve se entender pela expressão “Constitucionais do Processo”?

Devemos ainda questionar a expressão “Constitucionais do Processo”.

A Carta Magna vigente foi elaborada visando à figura do “homem”, ser humano dotado de direitos e deveres. Tal Constituição dirigiu seus dispositivos ao aneamento do indivíduo, de vez que a Constituição anterior tinha por norte o fortalecimento do Estado, Instituição, em detrimento do cidadão. Estávamos em pleno regime de exceção, em que as garantias individuais eram suprimidas à medida que o poder Estatal ditatorial se fortalecia.

A Constituição Federal, promulgada em 1988, sem dúvida alguma, realça o ser humano. Tanto é verdade que, em mensagem inicial nela encartada, quando de sua promulgação, naquela edição que foi imprimida e distribuída pelo Senado Federal, o saudoso Ulysses Guimarães, à época Presidente da Assembléia Constituinte, a chamou de “Constituição coragem”.³

Assim, o mais apropriado seria dizermos com relação ao próprio título do presente trabalho, calcado na nomenclatura usual para o assunto, que o correto seria que as garantias constitucionais não dizem respeito ao processo, mas sim ao indivíduo, norte da Carta Magna, dentro do processo.

É correta a expressão “devido processo legal” ante a nova órbita constitucional?

Questionar-se-ia ainda se a nomenclatura, ante a nova ordem constitucional, de “devido processo legal” é correta. Na verdade, devemos chamá-lo de “devido processo constitucional”.

E não poderia ser diferente. Com o advento da Constituição vigente, houve, sem sombra de dúvidas, uma constitucionalização do processo. Muitos, se não a maioria dos princípios processuais decorrem da ordem constitucional.

Assim, muito embora respeitosa as posições doutrinárias vigentes, não se pode mais falar somente em garantias constitucionais do processo - o devido processo legal e, sim, em Garantias e Direitos Constitucionais do Indivíduo no Processo - o Devido Processo Constitucional.

LOCALIZAÇÃO DO TEMA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Feitas tais considerações, devemos, de início, localizar o tema proposto dentro da órbita constitucional. Encontram-se tais garantias e direitos elencados no art. 5º da Constituição Federal, na maioria de seus incisos.

As garantias constitucionais processuais, notadamente se dividem em duas:

³Conta-se que tal publicação da imprensa oficial do Senado trazia tal mensagem de Ulysses Guimarães, sendo que poucos exemplares chegaram a ser distribuídos, ante grande pressão de outros constituintes que entendiam que a manutenção de tal mensagem tinha fim eleitoral.

- a) direito de acesso à Justiça (Direito de Ação);
- b) direito do processo (ou garantia do devido processo legal).

Ambos, indubitavelmente, se harmonizam sentre si, e sustentam toda teia de princípios constitucionais do processo.

DIREITO DE AÇÃO (ART. 5º, XXXV DA C.F.)

Preliminarmente, devemos fazer uma digressão histórica para se chegar ao direito de ação.

Nos primórdios da humanidade, tendo-se em vista a inexistência do Estado na solução dos conflitos de interesses entre aqueles que compunham as comunidades sociais, comunidades em sua totalidade nômades, vigorava, nas soluções de tais litígios, o uso da força, a auto-tutela ou auto-defesa.

Com o desenvolvimento das atividades comunitário-sociais, com o passar do tempo, para o encontro de uma solução mais justa, surgiu a figura do juízo arbitral, concretizando na figura dos árbitros, pessoas distantes das partes, porém confiáveis a quem se atribuía de dizer o direito.

Posteriormente, surge o Estado, como capaz de se impor sobre os interesses particulares, solucionando as lides através da figura do Estado-Juiz.

Surge com isso a jurisdição, oriunda das expressões em latim *juris* (direito) + *dictio* (dizer). Portanto, numa definição, por demais singela, jurisdição seria a ação do Estado-Juiz, substituindo as partes no conflito de interesses, extinguindo a auto-defesa, dizendo e aplicando o direito ao caso concreto, solucionando a lide a ele apresentada.

A evolução foi lenta, provindo desde o direito romano, desenvolvendo-se até chegar ao conceito atual de jurisdição.

Entretanto, esta substituição do Estado, sobrepondo-se ao particular, dizendo o direito, aplicando a Justiça, não se faz de maneira direta. O Estado-Juiz, fica até que seja provocado por aquele que se envolve no conflito de interesses.

É a concretização do princípio processual do *ne procedat judex ex officio*, ou seja, a jurisdição é inerte, precisa ser provocada, para que possa solucionar a lide.

A partir daí inicia-se o direito de ação, de vez que esta provocação se dará por um instrumento processual chamado ação.

Por ação, tem entendimento Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco⁴ como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício), mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que por sua vez se exerce através daquele complexo de atos que é o processo.”

⁴In “Teoria Geral do Processo” - p. 20 a 23.

O direito de ação se divide, segundo Vicente Greco Filho⁵, em dois:

- a) Plano Constitucional - art. 5º, XXXV da Constituição Federal;
- b) Plano processual - objetiva a atuação da ordem jurídica e depende do atendimento às chamadas condições de ação.

Adverte, ainda, Greco, que não há dois direitos de ação:

“Convém esclarecer, contudo, que não há dois direitos de ação, um constitucional e um processual. O direito de ação é sempre processual pois é por meio do processo que ele se exerce. O que existe é a garantia Constitucional genérica do direito de ação, a fim de que a lei não obstrua o caminho ao Judiciário, na correção das lesões de direitos, porém o seu exercício é sempre processual e conexo a uma pretensão.”

O DIREITO DE AÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - HISTÓRICO

A primeira aparição do direito de ação nas Constituições pátrias remonta a Constituição Federal de 1946. Nessa, o direito de ação vinha expressamente estatuído no art. 141, § 4º:

“A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual”.

Pontes de Miranda⁶ entende que, desde a tripartição dos poderes, na Constituição Federal de 1891, a primeira da era Republicana, já existiria implicitamente o direito da ação. O simples fato de se recorrer ao Judiciário, quando da lesão de quem quer que fosse, já trazia implícito em si o direito de ação.

Na Carta Magna de 1967, era previsto o direito de ação no art. 150, § 4º. Entretanto, com a edição do Ato Institucional nº 5, esse direito, que nas Constituições anteriores era pleno, sofreu restrições, conforme art. 2º:

“Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato Institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos.”

Tal excepcionalidade se deu pelo momento histórico, pela ausência do Estado de direito em face do autoritarismo militar.

Cessado esse período, ditadura militar, e a supressão limitada do direito de ação, referido direito voltou com toda a plenitude na Constituição Federal vigente, promulgada em 1998 no art. 5º, inc. XXXV:

“A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

⁵In “Direito Processual Brasileiro” - vol. 1.

⁶In “Comentários à Constituição de 1946”.

Decorrem, necessariamente, do direito de ação na Constituição Federal, duas garantias básicas.

- A assistência judiciária gratuita - Art. 5º LXXIV da Constituição Federal - “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos”;

- Fungibilidade dos recursos - Art. 579 do Código de Processo Penal, “salvo a hipótese de má fé, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro”;

- E o estatuído no art. 126 do Código de Processo Civil, onde prescreve que o juiz pode lançar mãos dos costumes, princípios gerais de direito e analogia, mas não pode eximir-se de sentenciar, “O Juiz se exime de sentenciar ou despachar, alegando lacuna ou obscuridade da lei, no julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais; havendo, recorrerá à analogia, costumes e princípios gerais de direito”.

DEVIDO PROCESSO LEGAL

É visto como fonte de vários outros princípios.

Segundo Nelson Nery Júnior⁷,

“bastaria a Constituição Federal de 1988 ter anunciado o princípio do devido processo legal e o caput e a maioria dos incisos do art. 5º seria de absoluta desnecessidade.”

No mesmo sentido, é a opinião de José Frederico Marques⁸, que acrescenta que o devido processo legal é a base sobre a qual os outros princípios se sustentam.

Entendemos que essa repetição nos incisos do art. 5º foi salutar; é indubitável que o país acabava de sair de uma época de exceção, onde os direitos individuais eram suprimidos. Assim, essa repetição pode ser entendida como resultado das circunstâncias históricas do advento da Constituição Federal, saída do militarismo, temor de normas não-abrangentes aos direitos do homem que, como já dissemos, foram tolhidos nessa história, daí por que a necessidade de que a nova Carta Magna trouxesse esses direitos de maneira muito explícita.

A única divergência entre os doutrinadores se dá no tocante a quantos princípios decorrem com exatidão do princípio do devido processo legal. Uns autores incluem uns e outros, outros.

Muitos dizem que decorrem do princípio do devido processo legal os princípios do Juiz Natural, ampla defesa, contraditório, entre outros, e até alguns defendem como oriundo do devido processo legal, o direito de ação.

Nesta oportunidade, ousamos discordar de tal entendimento. Temos opinião de que o direito de ação não pode ser parte do devido processo legal. Ambos são in-

⁷In “Princípios do Processo Civil na Constituição”, 2ª ed. Revista dos Tribunais.

⁸In “Manual de Direito Processual Civil”.

terdependentes, harmônicos entre si, sendo indispensáveis à consecução dos direitos e garantias do indivíduo no processo, a existência de ambos concomitantemente.

Não se pode falar em devido processo constitucional como o próprio nome está a dizer, sem um processo, originário do direito de ação. Ousamos até dizer que o principal seria o direito de ação, e a consecução dele de modo justo se dá com as garantias do devido processo legal ou, como ora se diz, constitucional.

Nesta oportunidade, trazemos à colação para defesa de nosso ponto de vista o já citado art. 2º do Ato Institucional nº 5, já analisado. Se não, vejamos, estatui referido dispositivo que:

“Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este ato institucional e seus atos complementares, bem como os respectivos efeitos.”

Vejam, há tolhimento do direito de ação. Podemos falar que naquela época havia o pleno direito de devido processo legal, se o próprio direito de ação em determinadas hipóteses era vedado? claro que não, se eu não tiver o direito de acionar, como posso falar em devido processo legal?

Podemos então concluir que o direito de ação e o devido processo legal guardam entre si uma relação de interdependência.

HISTÓRICO - PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O primeiro texto que veio fazer menção ao devido processo legal foi a Magna Carta de 1215 de João Sem Terra, que trazia a essência do princípio no art. 39 - o *“law of the land”* - julgamento de acordo com a lei do país:

“Art. 39 - Nenhum homem livre será preso ou privado de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer maneira destituído, nem o castigaremos ou mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal, feito por seus pares ou pela lei do país.”

a famosa expressão *“dues process of law”* teve origem em 1354 pelo rei Eduardo III. Dizem que a Carta de João Sem Terra foi expedida em latim, e o rei Eduardo III teria se aproveitado de tal fato, dela copiando a essência do instituto, expedindo a sua Carta em inglês.

Adotado no direito inglês, o devido processo legal passou a constar das colônias norte-americanas e acabou por ser incorporado ao direito americano pela 14ª Emenda em 1868.

DEVIDO PROCESSO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

O princípio do devido processo legal não constava de modo explícito na órbita constitucional antes da Carta Magna vigente.

Uns entendiam explícito no texto de 1946, uma vez assegurado o acesso à jurisdição, isso somente se daria através de instrumentos apropriados e previsto no ordenamento jurídico

Hoje é explícita a cláusula no art. 5º, inc. LIV da Constituição Federal, que assim estatui:

“Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens, sem o devido processo legal.”

O conteúdo do princípio do devido processo legal liga-se aos conceitos de vida, liberdade e propriedade.

Dessa forma, nunca poderemos olvidar que, para garantir os direitos do indivíduo dentro do processo, é indispensável a observância do princípio do devido processo legal, ou para os mais modernos do devido processo constitucional.

Indubitável que a Constituição Federal vigente é “do homem e para o homem”, assim, norteando o indivíduo como seu objetivo primordial, deve o mesmo ordenamento garantir a este todos os direitos possíveis para a consecução de sua cidadania.

Os princípios decorrentes do devido processo legal, que hoje são mais explicitados dentro da Constituição Federal, devem servir de guia, não como princípios determinados e taxativos, mas sim como exemplificativos, não se olvidando que existem outros dispositivos constitucionais que podem servir para corroborar o pleno exercício da cidadania, garantindo ao cidadão o respeito do ordenamento para consigo.

A Carta Magna traz as diretrizes e, na vigente, elas são muito bem colocadas. Cabe a nós cumpri-las e desenvolvê-las no sentido de aprimorar nossos próprios direitos em busca de uma sociedade mais justa e harmônica.

BIBLIOGRAFIA

- ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES, Vidal Serrano Júnior, *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Carlos Rangel. *Têoria geral do processo*. 6ª ed., São paulo: RT, 1986.
- GREGO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. v. 1, 10ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 1ª ed., atual. São Paulo: Bookseller, 1997.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1960, t. 5.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3ª ed., São Paulo: RT, 1996.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13ª ed. ver. São Paulo: Malheiros, 1997.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 14ª ed. ver ampl. atual. São Paulo: Malheiros, 1998.